Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 7 3 / 2 0 2 4

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 9 de abril de 2024.

Dictamen solicitado por la Excma. Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), (...) y (...), por la asistencia sanitaria prestada a (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 92/2024 IDS)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. Se dictamina sobre la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución, formulada por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, tras la presentación y tramitación de una reclamación de indemnización por los daños que se alegan producidos por el funcionamiento del servicio público sanitario.

2. La cuantía no se ha determinado por las personas interesadas pero resulta evidente, al reclamarse por el fallecimiento de su hijo y hermano, que excede de 6.000 euros, por lo que la solicitud de dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias. Está legitimada para solicitarlo la Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 de la citada ley.

3. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1.n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

Mediante Resolución de 23 de diciembre de 2014 de la Directora, se delega en la Secretaría General del Servicio la competencia para incoar y tramitar los expedientes

[*] **Ponente: Sra. de Haro Brito.**

de responsabilidad patrimonial derivados de la asistencia sanitaria por el Servicio Canario de la Salud.

4. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada, resultan de aplicación además de la citada LPACAP, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la citada Ley de Ordenación Sanitaria de Canarias y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica.

5. Respecto a la legitimación activa, en los supuestos de reclamaciones presentadas con posterioridad al fallecimiento de una persona y precisamente, presentadas a consecuencia de ello, este Consejo Consultivo ha señalado (por todos, DCCC 408/2022, de 27 de octubre), sobre la naturaleza jurídica de la reclamación de los herederos de la persona afectada por el hecho lesivo que le ha ocasionado su fallecimiento, siguiendo su reiterada doctrina emitida al respecto, lo siguiente:

«En cuanto a la legitimación activa de los reclamantes, se plantea el problema jurídico de la naturaleza jurídica de la reclamación de los herederos del paciente fallecido. Caben distintas hipótesis: Una sería aquella que entiende que el daño genera un derecho de crédito para el fallecido que se incorpora a la masa activa de la herencia y se trasmite a sus herederos. Otra, que los herederos sólo pueden reclamar un daño moral a título propio, por los daños personales derivados de la asistencia sanitaria recibida. Sobre si la acción para reclamar el daño moral es transmisible a los herederos, es una cuestión que ha planteado amplio debate doctrinal y jurisprudencial.

A este respecto, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de octubre de 2013 (rec. 780/2006) expone la problemática procesal. Dice este fragmento de la sentencia:

"Ello nos lleva a la vieja problemática relativa al titular del resarcimiento del daño causado por la muerte, donde se prodigan posturas de signo contrario, la de la adquisición originaria del crédito resarcitorio por el vivo que muere y que transmite a título hereditario a sus herederos y la de la adquisición originaria del crédito resarcitorio por los perjuicios que sufren los familiares allegados del muerto por razón de su muerte a título de responsabilidad patrimonial. El criterio del resarcimiento de los familiares perjudicados a título propio se ajusta mejor al norte de la justicia resarcitoria porque, de un lado, permite compensar perjuicios sufridos por quienes no son herederos y porque simultáneamente evita reconocer indemnización a herederos que no sufren perjuicios por la muerte de la víctima, como sucede con aquellos que no estén ligados afectivamente con la víctima o incluso, con el Estado, cuando, por falta de parientes, es el heredero de la víctima.

En este sentido, la temprana y didáctica Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2006, estableció lo siguiente: "Sin duda el derecho a indemnización originado en el perjuicio moral y material a terceros por consecuencia de la muerte, no surge como "iure hereditatis", sino como un derecho originario y propio del perjudicado (SSTS de 4 de mayo de 1983 y 14 de diciembre de 1996), cualidad que puede o no coincidir con la de heredero, pero que en cualquier caso es distinta y con efectos jurídicos muy diferentes, siendo doctrina de esta Sala, como recuerda la sentencia de 18 de junio de 2003, que están legitimadas para reclamar indemnización por causa de muerte "iure propio", las personas, herederos o no de la víctima, que han resultado personalmente perjudicadas por su muerte, en cuanto dependen económicamente del fallecido o mantienen lazos afectivos con él; negándose mayoritariamente que la pérdida en si del bien "vida" sea un daño sufrido por la víctima que haga nacer en su cabeza una pretensión resarcitoria transmisible "mortis causa" a sus herederos y ejercitable por éstos en su condición de tales "iure hereditatis".

Nos inclinamos, de acuerdo con la sentencia invocada, por considerar que en este caso se reclama un daño moral, que sólo puede ejercitarse a título personalísimo por los herederos perjudicados y que, por tanto, no es un derecho de crédito que forme parte de la masa activa de la herencia».

La citada doctrina, resulta aplicable al presente asunto, por lo que los reclamantes, padres y hermana del fallecido y, por tanto, familiares directos y con vínculos afectivos con él, por lo que poseen interés legítimo para interponer la reclamación, en lo que respecta a la reclamación en nombre propio por el daño que se les ha producido [art. 4.1, letra a) LPACAP].

La legitimación pasiva le corresponde a la Administración autonómica, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño, mediante el SCS.

6. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación (art. 67 LPACAP), pues se presentó la reclamación el día 22 de diciembre de 2022, habiéndose producido el hecho lesivo el día 9 de junio de 2022.

7. Se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver (arts. 21.2 y 91.3 LPACAP); sin embargo, aun expirado éste y sin perjuicio de los efectos administrativos y en su caso económicos que ello pueda comportar, sobre la Administración pesa el deber de resolver expresamente (art. 21.1 y 6 LPACAP).

II

1. En lo que se refiere a los antecedentes de hecho, de lo expuesto en la reclamación formulada, se deduce que son los siguientes:

- Que el hijo y hermano de los interesados fue diagnosticado de tumor testicular mixto, con predominio de cáncer embrionario, el día 11 de noviembre de 2010, lo que dio lugar a que se llevara a cabo una orquiectomía inguinal izquierda con resultado satisfactorio y buena evolución, siendo dado de alta hospitalaria el día 29 de julio de 2011.

- Posteriormente, en febrero de 2019 el afectado sufrió un accidente de trabajo que le ocasionó fractura patológica lumbar, que requirió de vertebroplastia y de corsé permanente.

- El día 18 de junio de 2019 le fue diagnosticada la recidiva de su cáncer testicular, con mestástasis, siendo tratado a partir de ese momento por el servicio de Oncología del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín, reiniciando el correspondiente tratamiento de quimioterapia, con seguimiento frecuente de marcadores tumorales a través de PET, siendo el resultado del efectuado en julio de 2021 de carácter negativo, el cual se realizó tras someterse a tres ciclos de quimioterapia.

Además, también fue objeto de seguimiento por parte de los servicios de Urología, Cuidados Paliativos y Unidad de Raquis del referido Hospital.

- Previamente, en mayo de 2021, se le había efectuado una resonancia magnética nuclear (RMN) de columna lumbar en la Unidad de Raquis del Hospital Doctor Negrín, indicando el doctor al paciente y a su madre, que se remitiría su resultado al Servicio de Oncología al observar un aumento de 6 milímetros en un punto de la masa del retroperitoneo. Señalan que, sin embargo, el informe radiológico dice que una masa de aspecto quístico había aumentado de tamaño con respecto al estudio previo y además una lesión de aspecto metastásico de 1,3 cms. Se señala que esta información no fue facilitada al afectado y a sus familiares y tampoco la resonancia fue facilitada al paciente y a su madre.

Además, señala que entre los meses de mayo a septiembre de 2021, el paciente no fue citado a consulta de Raquis ni de Oncología.

- A partir de octubre de 2021 se intensificó de forma considerable el dolor lumbar que padecía el afectado, habiendo acudido al servicio de Urgencias de dicho Hospital por una mala evolución, especialmente en lo que se refiere a dicho dolor.

- El día 17 de diciembre de 2021 el servicio de Oncología informó que se observaba una gran masa en el musculo psoas ilíaco izquierdo, de unos 17 cms, lo que fue confirmado por RMN realizada el día 21 de diciembre de 2021.

- Después de una mala evolución, en la que el tratamiento con quimioterapia se mostró del todo ineficaz, el afectado falleció el día 9 de junio de 2022.

2. En dicho escrito de reclamación se afirma, acerca del motivo por el que se reclama, que la asistencia sanitaria prestada por los servicios sanitarios de Urgencias, Oncología, Oncología y Unidad del Raquis del Hospital Dr. Negrín fue deficiente por incurrir en un retraso de diagnóstico, que inicialmente fue erróneo, al considerar que las molestias del afectado se debían a un problema lumbar y no a una recidiva de su cáncer testicular, la omisión de pruebas objetivas para su diagnóstico y alcance, en tiempo y forma, pese a los antecedentes médicos existentes; no dispensarle tratamiento de radioterapia ni dispensar todos los medios a su alcance para mitigar el dolor y el sufrimiento psíquico y físico del paciente -al menos 12 meses, señalan- y su familia. Por tanto, que ha habido *mala praxis* por error de diagnóstico y pérdida de oportunidad.

3. En el presente asunto, para una correcta determinación de los antecedentes de hecho se debe incluir lo manifestado al respecto en el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones de la Secretaría General del SCS (SIP), de fecha 4 de septiembre de 2023, en el que se exponen, junto con los hechos acaecidos, comentarios médicos acerca de la actuación de los servicios sanitarios, señalando que:

«A.- Paciente hombre con fecha de nacimiento 04.08.80. Dado los amplios antecedentes que constan en la Historia clínica del HUGCDN:

Tumor embrionario testicular no seminomatoso, estadio IIC diagnosticado, tratado con quimioterapia y en seguimiento desde 2010. Asintomático y sin recaída en la revisión por Oncología de 09.10.18.

Primera recaída del tumor germinal estadio IV, con metástasis a nivel óseo (columna, pelvis, (...)) , hepático, pulmonar y suprarrenal izquierda en 2019 para lo que recibe tratamiento quimioterápico de rescate (terapia que se aplica a los pacientes que no presentan respuesta completa al tratamiento de primera línea ó que presentan recidiva después de una respuesta completa) y cirugía de vertebroplastia L2-S12 el 22.10.19.

Controles sucesivos por imagen (PET-TC) así como determinación de marcadores tumorales.

Nos centraremos en el objeto de la reclamación que hace referencia a la atención recibida en los años 2021 y 2022.

B.- Se practica PET/TC de control el 17.03.21 que comparado con PET/TC de octubre de 2020 determina: Mejoría de captaciones óseas que sugiere lesiones esclerosas residuales y estables en D7, D10, D11, D12, L5, S3. Sin captaciones nuevas sospechosas.

Los equipos PET/TC proporcionan una combinación de la localización de focos hipermetabólicos de las imágenes PET y la información de alteraciones morfológicas de la imagen TC en una sola exploración. La información obtenida en los estudios PET/TC es de mayor exactitud en la evaluación de los pacientes oncológicos que las imágenes PET o TC por separado, aun cuando se interpreten de forma conjunta.

PET/TAC son dos pruebas en una, se realizan imágenes por el PET y por el TAC y después un ordenador las monta obteniendo imágenes en tres dimensiones, con el máximo detalle posible el área que queremos estudiar. Ambas pruebas de forma simultánea se complementan.

El control con PET/CT se utiliza en los casos de recidiva, recurrencia y post tratamiento de cáncer testicular siendo considerado el "gold standard" en la determinación de tejido tumoral, con sensibilidad de 82%, especificidad de 90%, y eficiencia de 88%. Muestra de existir áreas de actividad metabólica funcional anómala en grupos de células que sugieren afectación tumoral (PET) así como información anatómica (TC).

La PET/CT se utiliza para la estadificación, la reestadificación y el seguimiento del cáncer testicular.

C.- Resonancia Magnética columna dorsal 19.05.21:

Masa de aspecto quístico en retroperitoneo (ubicación hilio renal, entre riñón y aorta abdominal): A este respecto señalamos que en el PET/TC de 17 de marzo de 2021 ni en el control sucesivo que ya describiremos (PET/TC 21.07.21) consta afectación, foco o alteración morfológica a este nivel compatible con metástasis. Tampoco consta en relación con esta afectación y ubicación correspondencia en el TAC realizado el 03.12.21 como metastásica. ni en PET/TC de 16.12.21, como veremos más adelante comoquiera que la masa retroperitoneal se corresponderá con otra zona anatómica, zona psoas-iliaco.

Lesión de aspecto metastásico en S3. A este respecto, la afectación por captación en la vértebra S3 ya se conocía por PET/TC y estaba en seguimiento semestral por Oncología correspondiéndose esta lesión y otras semejantes no visualizadas en Resonancia magnética con lesión residual/estable de las metástasis óseas diagnosticada en la recidiva de 2019.

D.- Enfermería Unidad Cuidados paliativos (UCP) 23.06.21: Consulta telefónica por pandemia viral. Refiere estar bien, precisar ayuda para ponerse los calcetines y los zapatos siendo independiente para el resto de autocuidados, no tener dolor, comer bien y precisar el corset cuando se levanta de la cama. Valorado por el Dr. (…).

E.- 16.07.21: Analítica con marcadores tumorales negativos: Alfafetoproteína (AFP). Gonadotrofina coriónica (HCG). Lactato- deshidrogenasa (LDH)

Los marcadores tumorales séricos tienen un papel importante en el manejo de los pacientes con cáncer testicular, lo que contribuye al diagnóstico, estadio, evaluación del riesgo, evaluación de la respuesta a la terapia y detección temprana de la remisión. El incremento en las concentraciones de los marcadores es suficiente para iniciar el tratamiento. AFP, HCG, y LDH son marcadores en suero establecidos. La mayoría de los casos de tumores de células germinales no seminomatosas tienen niveles séricos elevados de uno o más de estos marcadores.

F.- 21.07.21 se realiza nuevo control PET-TAC de cuerpo completo desde cráneo hasta rodillas con tomografías axiales consecutivas de 2,5 mm. y administración intravenosa de 18F-FDG, lo que permite detectar la recidiva de tumores germinales.

Este estudio se compara con el estudio de 17.03.21 y se concluye: estabilidad metabólica de las lesiones óseas conocidas (D7, D10, D11, D12, L1, L2, S3) sin nuevas lesiones activas. Sin evidencia de enfermedad tumoral macroscópica en el resto de la exploración.

G.- Control por Oncología Médica 23 de julio 2021. A la vista de los resultados: sin nuevas manifestaciones clínicas, con determinación analítica de marcadores tumorales negativos y prueba de imagen PET/TC en situación de estabilidad, sin evidencia de enfermedad tumoral macroscópica, se mantiene actitud conservadora y seguimiento para diciembre de 2021, lo que se ajusta a una práctica asistencial adecuada.

H.- UCP 22.10.21: No consta modificación de síntomas o de tratamiento.

I.- Es a partir del 12.11.21 cuando es valorado por la Unidad de Cuidados Paliativos (UCP) por dolor en pierna izquierda y se aconseja acudir a Urgencias para descartar trombosis venosa profunda (TVP)

En el Sº de Urgencias del HUGCDN, alrededor de las 12:00 h consta: " (...) . acude derivado desde UCP (Dr (…)) por dolor en MII de unos 5 días de evolución para descartar Trombosis venosa profunda. El paciente define el dolor tipo eléctrico que comienza en la cadera izquierda y se irradia hasta la rodilla ipsilateral (...) ." Se realiza analítica y Eco-Doppler de miembros inferiores que no arroja afectación vascular alguna. Sin datos de alarma y con estabilidad hemodinámica se cursa el alta.

15.11.21 Nueva consulta con la UCP. Se procede a modificar la medicación por dolor no controlado.

17.11.21: Consulta en Unidad de Raquis por dolor en cara anterior del muslo izquierdo y en región lumbar. Se solicita TAC de columna dorsolumbar con carácter preferente.

22.11.21: UCP. Se procede a modificar la medicación por dolor no controlado.

25.11.21: Sobre las 10:00 h acude al Servicio de Urgencias por empeoramiento del dolor referido a miembros inferiores a pesar de modificación de tratamiento. Se realiza exploración, se optimiza el tratamiento. Con el diagnóstico de dolor disruptivo oncológico (exacerbación del dolor basal o bien puede ser un dolor de etiología diferente del basal) se contacta con UCP para comunicar la situación y seguimiento.

26.11.21: 23:42 h. Acude al Sº de Urgencias HUGCDN por empeoramiento del dolor en región lumbar con irradiación a MII. Se aplica tratamiento y se encuentra mejor tras la medicación pautada. Se le indica la necesidad de contactar con UCP para optimización de tratamiento y tomar la dosis de rescate cuando sea necesario. Con el diagnóstico de dolor lumbar en paciente oncológico se cursa alta.

J.- En relación a la actuación en el Servicio de Urgencias se actuó de acuerdo con la propia naturaleza del servicio, descartando, tras la oportuna exploración, la existencia de una patología urgente que requiriese un ingreso hospitalario, y remitiéndole al control de la UCP, así como en tiempo de espera para realizar prueba diagnóstica TAC dorsolumbar solicitada por la Unidad de raquis. Ello, teniendo en cuenta que la finalidad de este Servicio debe ser, razonablemente, la de prestar asistencia urgente a aquellas dolencias que ponen en peligro la vida o salud de los pacientes, remitiendo las demás patologías que, aun siendo graves no sean de extrema gravedad, en este caso al control de la UCP y a la Unidad de Raquis para determinación del origen del dolor.

K.- 29.11.21: Ingreso hospitalario en UCP por dolor no controlado. Se inicia ajuste de analgesia incrementando de forma paulatina el opioide que el paciente ya tomaba (MST) sin alcanzar alivio, por lo que se empieza corticoterapia (a dosis bajas y alternantes) con efecto antiinflamatorio parcial. Se realiza rotación de opioides pasando de morfina oral a oxicodona e incrementando la dosis hasta alcanzar 80mhg/12h con buena cobertura analgésica los primeros días y volviendo a precisar múltiples rescates a diario una vez que el paciente empieza a reanudar la marcha por alivio.

L.- Se realizan TAC-s en las fechas 3.12.21 (dorsolumbar) y 09.12.21 (abdominal) y se observa voluminosa lesión retroperitoneal izquierda localizada en músculo psoas. NO presente en exploraciones previas.

M.- El 13.12.21 se traslada a planta de Oncología para estudio por probable segunda recidiva tumoral con masa retroperitoneal.

15.12.21: Analíticas con marcadores tumorales elevados: Gonadotrofina coriónica (HCG). Lactato- deshidrogenasa (LDH).

PET/TC 16.12.21 Se compara con estudio previo 21.07.21 En retroperitoneo y pelvis destaca una gran masa neoproliferativa de nueva aparición dependiente del músculo psoas ilíaco izquierdo.

Adenopatías metastásicas de nueva aparición: supraclavicular izquierda, mediastínica retroesofágica, mesentérica y retroperitoneal retrocava. Otra estructura paraaórtica izquierda compatible con malignidad en continuidad con polo inferior de linfocele conocido. Linfedema en miembro inferior izquierdo.

Sin evidencia de metástasis óseas activas. Lesiones esclerosas residuales en somas vertebrales T7, T10 y T11. Vertebroplastias T12, L1 y L2.

Biopsia de la masa retroperitoneal: 17.12.21. Hallazgos compatibles con tumor de células germinales no seminomatoso, sugestivo de carcinoma embrionario.

21.12.21 Resonancia Magnética: Gran masa retroperitoneal izquierda en región psoas-iliaco con adenopatías peritumorales retroaórticas y retrocavas con afectación uréter con hidronefrosis riñón izquierdo. Confirma las lesiones ya objetivadas en TAC y PET/TC.

Se solicita valoración por Urología dado fracaso renal de características obstructivas que precisa colocación de catéter doble J. Debido a ausencia de mejoría, se decide posteriormente colocación de nefrostomía izquierda.

La masa retroperitoneal provocaba compresión venosa iliaca común izquierda que requirió colocación de prótesis endovascular el 2.12.21.

N.- A modo de resumen: las lesiones observadas en las pruebas de imagen: TAC PET/TC, y Resonancia Magnética realizadas en diciembre de 2021, como masa retroperitoneal neoproliferativa de nueva aparición dependiente del músculo psoas ilíaco izquierdo así como las Adenopatías metastásicas de nueva aparición: supraclavicular izquierda, mediastínica retroesofágica, mesentérica y retroperitoneal retrocava. son nuevas en comparación con las imágenes ofrecidas en todos los controles realizados PET/TC hasta julio de 2021 que informaban de situación de estabilidad y a las imágenes que ofrecía la Resonancia en ese mismo año.

O.-Desde que acude al Servicio de Urgencias el 12.11.21 por la aparición de sintomatología de cinco días de evolución de dolor de miembro inferior izquierdo, una vez se realizan TAC-s los días 3 y 9 de diciembre con la sospecha de recidiva tumoral transcurre menos de un mes. No resulta un tiempo excesivo.

Inicia tratamiento quimioterápico GEMOX desde el 23 de diciembre de 2021 hasta completar seis ciclos en mayo de 2022. Fue consultado con el Grupo de tumores Germinales que se dedica al estudio y tratamiento de los Tumores de Células Germinales mediante un Protocolo Asistencial común de estos tumores.

Los tumores no seminomatosos, como el que presentaba el paciente no se benefician de tratamiento radioterápico, siendo el Servicio de Oncología el responsable de dar las pautas de tratamiento en relación con el proceso oncológico.

Los cuidados de soporte y paliativos son facilitados por la UCP que indican el tratamiento farmacológico y no farmacológico del dolor y de otros síntomas que pudieran presentarse.

P.- La evolución fue desfavorable, siendo exitus el 09.06.22.».

III

Los principales trámites del procedimiento de responsabilidad patrimonial son los siguientes:

1. El procedimiento comenzó mediante la presentación en oficina de correos del escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial, efectuada el día 22 de diciembre de 2012.

El día 18 de enero de 2023, se dictó la Resolución n.º 154/2023 de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud por la que se admitió a trámite la reclamación formulada por los interesados.

2. El presente procedimiento cuenta con el referido informe del SIP, en el que se concluyó señalando que:

«1.- La vigilancia y seguimiento de los pacientes afectados por tumor testicular se basa en la clínica, marcadores tumorales y en pruebas de imagen, como efectivamente se realizó.

2.- La situación hasta julio de 2021 era de estabilidad en las pruebas de imagen, sin sintomatología y, con marcadores tumorales negativos que justificara otra actitud terapéutica aparte del seguimiento por Oncología para diciembre del mismo año.

3.-A partir del 12 de noviembre de 2021 consulta por iniciar sintomatología dolorosa en miembro inferior izquierdo cinco días antes.

Los servicios de urgencias hospitalarios prestan la asistencia sanitaria necesaria para atender la causa que ha llevado al enfermo a acudir al mismo. Si se trata de patologías graves, en las cuales peligra la vida del paciente, la asistencia debe ser inmediata y con la extensión que precise. Sin embargo, en patologías crónicas que presentan brotes de agudización, se trata el síntoma que se haya exacerbado para, una vez estabilizado, derivar al paciente a su médico habitual para ampliar estudio y continuar el tratamiento.

4.- A pesar del ajuste de medicación no mejoraba del dolor y tras la realización de TAC en las fechas 3 y 9 de diciembre se desprende la sospecha de recidiva tumoral por lo que se inicia estudio y tratamiento quimioterápico el 23.12.21. En ningún caso entendemos que este período transcurrido haya modificado el pronóstico y las alternativas terapéuticas para este paciente.

Las probabilidades de curación son bajas en pacientes que presentan recaídas múltiples».

Además, constan en el expediente los informes preceptivos de los servicios de Oncología, Urgencias y Unidad de Raquis del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín.

4. Posteriormente, se acordó la apertura del periodo probatorio, sin que se practicar prueba alguna, y se les otorgó el trámite de audiencia, no formulando alegación alguna.

6. Tras todo ello, se emitió la Propuesta de Resolución definitiva el día 7 de febrero de 2024 y se prescinde del informe de la Asesoría Jurídica Departamental, alegándose en dicha PR que de acuerdo con el art. 20.j) del Decreto 19/1992, de 7 de febrero, Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias no resulta preceptivo dicho informe dado que las cuestiones de hecho planteadas ya han sido resueltas en anteriores informes de dicho Servicio.

IV

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación efectuada, puesto que el órgano instructor entiende que no concurren los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de la Salud, con base en los informes de los Servicios y el del SIP.

Al respecto en tal Propuesta de Resolución, con base en dichos informes obrantes en el expediente, se afirma que *«Por lo tanto, no se observa retraso en el inicio del tratamiento ni error en el diagnóstico, por cuanto los informes médicos incorporados al expediente, que no han sido cuestionados por la parte reclamante, evidencian que las lesiones que aparecen en diciembre de 2021 eran lesiones nuevas con respecto a las pruebas practicadas hasta ese momento.*

(…) En el caso que nos ocupa no se aprecia pérdida de oportunidad, el paciente recibió seguimiento y vigilancia conforme a los protocolos clínicos, instaurando el tratamiento oportuno en el momento que se conoce la recidiva del cáncer para lograr el restablecimiento de su salud, a pesar de que dadas las múltiples recaídas sus posibilidades de curación fueran bajas y porque tampoco se ha logrado acreditar que una actuación diferente hubiera evitado el fatal desenlace»

2. Este Consejo Consultivo ha señalado de forma reiterada y constante, como se hace en el Dictamen 40/2024, de 25 de enero, que:

«En relación con el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas la jurisprudencia ha precisado (entre otras STS de 26 de marzo de 2012; STS de 13 de marzo de 2012; STS de 8 de febrero de 2012; STS de 23 de enero de 2012) que «para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son necesarios los siguientes requisitos:

– La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

– Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa inmediata y exclusiva de causa efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

– Ausencia de fuerza mayor.

– Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño».

Asimismo, como se ha razonado reiteradamente por este Consejo Consultivo, tanto el art. 139 LRJAP-PAC, como el actualmente vigente art. 32 LRJSP, exigen para que surja la obligación de indemnizar de la Administración, que el daño alegado debe ser causa del funcionamiento normal o anormal de un servicio público. No basta, por tanto, que el reclamante haya sufrido un daño al hacer uso de un servicio público, sino que es necesario que ese daño haya sido producido por su funcionamiento. Tampoco basta que éste haya sido defectuoso; es necesario que entre el daño alegado y el funcionamiento anormal haya una relación de causalidad».

3. También se ha señalado por este Consejo Consultivo ha señalado en multitud de Dictámenes, entre otros, en el Dictamen 223/2023, de 18 de mayo, acerca de la responsabilidad patrimonial en su proyección concreta sobre el ámbito sanitario, que:

«Por otro lado, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario presenta una serie de particularidades que se derivan de la denominada «Lex artis ad hoc».

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007 dice que «la responsabilidad de la Administración sanitaria no deriva, sin más, de la producción del daño, ya que los servicios médicos públicos están solamente obligados a la aportación de los medios sanitarios en la lucha contra la enfermedad, mas no a conseguir en todos los supuestos un fin reparador, que no resulta en ningún caso exigible, puesto que lo contrario convertiría a la Administración sanitaria en una especie de asegurador universal de toda clase de enfermedades. Es por ello que, en cualquier caso, es preciso que quien solicita el reconocimiento de responsabilidad de la Administración acredite ante todo la existencia de una mala praxis por cuanto que, en otro caso, está obligado a soportar el daño, ya que en la actividad sanitaria no cabe exigir en términos absolutos la curación del enfermo u obtener un

resultado positivo, pues la función de la Administración sanitaria pública ha de entenderse dirigida a la prestación de asistencia sanitaria con empleo de las artes que el estado de la ciencia médica pone a disposición del personal sanitario, más sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir, en todo caso, una curación».

Asimismo, entiende el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de septiembre de 2009 (recurso de casación n.º 89/2008) «que el hecho de que la responsabilidad sea objetiva, no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria, extremos éstos que deben quedar acreditados para que se decrete la responsabilidad patrimonial de la Administración».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2014, declara lo siguiente: «Las referencias que la parte recurrente hace a la relación de causalidad son, en realidad un alegato sobre el carácter objetivo de la responsabilidad, que ha de indemnizar en todo caso, cualquier daño que se produzca como consecuencia de la asistencia sanitaria.

Tesis que no encuentra sustento en nuestra jurisprudencia tradicional, pues venimos declarando que es exigible a la Administración la aplicación de las técnicas sanitarias, en función del conocimiento en dicho momento de la práctica médica, sin que pueda mantenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño. La responsabilidad sanitaria nace, en su caso, cuando se ha producido una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado. Acorde con esta doctrina, la Administración sanitaria no puede ser, por tanto, la aseguradora universal de cualquier daño ocasionado con motivo de la prestación sanitaria».

Ha de tenerse en cuenta que no existe otra exigencia de comportamiento a los facultativos que la de prestar la asistencia sanitaria aconsejable en cada caso, con los medios adecuados que estén a su alcance, pero no la de garantizar un resultado, por lo que la obligación de indemnizar solo surgirá cuando se demuestre que la actuación de los servicios sanitarios fue defectuosa o negligente, ya sea en el diagnóstico de la enfermedad o en su tratamiento.

En este mismo sentido, se ha decantado este Organismo. Cabe traer a colación, por ejemplo, y, entre otros muchos, el Dictamen 6/2019, de 9 de enero, de este Consejo Consultivo de Canarias, en el que se expresa lo siguiente:

«El criterio básico utilizado por la jurisprudencia contencioso-administrativa para hacer girar sobre él la existencia o no de responsabilidad patrimonial es el de la lex artis y ello ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto. La existencia de este criterio se basa en el principio básico sustentado por la jurisprudencia en el sentido de que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la

obligación es de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Así pues, presupuesto de la responsabilidad es que se produzca por el médico, o profesional sanitario, una infracción de las normas de precaución y cautela requeridas por las circunstancias del caso en concreto, entendiendo como tales las reglas a las que debe acomodar su conducta profesional para evitar daños a determinados bienes jurídicos del paciente: la vida, la salud y la integridad física.

En cada caso, para valorar si se ha producido infracción de esas normas de la lex artis, habrá que valorar las circunstancias concretas atendiendo a la previsibilidad del resultado valorando criterios, como la preparación y especialización del médico, su obligación de adaptarse a los avances científicos y técnicos de su profesión (tanto en relación a nuevos medicamentos, instrumental, técnicas y procedimientos terapéuticos o diagnósticos), las condiciones de tiempo y lugar en que se presta la asistencia médica (hospital, servicio de urgencias, medicina rural, etcétera). En general, pues, la infracción de estas reglas de la lex artis se determinará en atención a lo que habría sido la conducta y actuación del profesional sanitario medio en semejantes condiciones a aquellas en que debió desenvolverse aquel al que se refiere la reclamación. Por lo tanto, el criterio de la lex artis es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida. Este criterio es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no sólo exista el elemento de la lesión sino también la infracción de dicha lex artis. Por tanto, si la actuación de la Administración sanitaria no puede garantizar siempre un resultado favorable a la salud del paciente, se hace necesario establecer un límite que nos permita diferenciar en qué momento va a haber responsabilidad patrimonial de la Administración y en qué otros casos se van a considerar que el daño no es antijurídico y que dicho daño no procede de la actuación de la Administración sino de la evolución natural de la enfermedad.

Este límite nos lo proporciona el criterio de la lex artis, según el cual sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio estando, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad, de modo que existe obligación de soportar el daño cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada al criterio de la lex artis (no siendo el daño antijurídico) mientras que, en caso contrario, cuando la actuación del médico ha sido contraria a la lex artis, la obligación de reparar recae sobre la Administración. El criterio de la lex artis se define como ad hoc, es decir, se trata de un criterio valorativo de cada caso concreto que no atiende a criterios universales sino a las peculiaridades del caso concreto y de la asistencia individualizada que se presta en cada caso. La sentencia del TS de fecha 17 de julio de 2012 establece "El motivo ha de ser igualmente rechazado, pues como señala, entre otras muchas, la sentencia de esta Sala de 9 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 67) (recurso de casación núm. 6580/2004), con cita de otras anteriores, cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la

jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la Lex Artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente".

Así, la sentencia de 14 de octubre de 2002, por referencia a la de 22 de diciembre de 2001, señala que "en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero (RCL 1999, 114 y 329), que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto". Así las cosas y como quiera que de los hechos que la Sala de instancia declara probados no resulta en el caso enjuiciado una actuación médica contraria a lex artis, ha de concluirse que los eventuales daños que con ocasión de la misma se hubieran podido producir -incluidos los daños morales- en ningún caso serían antijurídicos, por lo que existiría la obligación de asumirlos, sin derecho a indemnización».

4. Teniendo presente la doctrina que acaba de transcribirse, cabe señalar, en primer término, que ya como punto de partida el interesado no ha demostrado que la Administración sanitaria haya actuado conforme a la lex artis, ni tampoco que no se hayan puesto a su disposición la totalidad de los medios materiales y humanos con los que cuenta.

Este Consejo Consultivo, así las cosas, ha señalado en multitud de dictámenes (por todos, valga la cita del DCCC 180/2022) que, según el art. 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –norma no aplicable al presente caso, pero similar al actual art. 32.1 LRJSP-, constituye requisito imprescindible para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es, obvia y lógicamente, que el daño alegado sea consecuencia de dicho funcionamiento.

Conforme dispone el art. 77.1 LPACAP, en concordancia con la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), la carga de probar este nexo causal incumbe al

reclamante, tal como resulta de la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 LEC, conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al sujeto que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que se opone a ello.

Sobre la Administración, por el contrario, recae el onus probandi de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración y del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC) que permite trasladar el "onus probandi" a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo, pero que no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquélla toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012)».

La doctrina hasta aquí expuesta es plenamente aplicable a este supuesto.

3. Los interesados, como ya se dijo, consideran que el fallecimiento de su hijo y hermano se debe a mala praxis médica que radica en una actuación tardía, por error de diagnóstico, y la no aplicación a la patología del paciente de radioterapia, lo que, a su vez, da lugar a una pérdida de oportunidad.

En el informe del servicio de Urología, de forma pormenorizada, se alega sobre la cuestión de fondo lo siguiente:

«• Respecto a que el paciente no fue visto por Oncología entre los meses de mayo y septiembre de 2021: el paciente fue valorado en consulta de Oncología Médica el 21 de julio de 2021. En dicha consulta el paciente tenía menos dolor y se movilizaba mejor. Se valoró además el PET realizado ese mismo mes con estabilidad de la enfermedad residual y marcadores negativos por lo que se continuó seguimiento según guías clínicas.

• Respecto a que no se realizaron pruebas (escáner y PET): Como se ha aclarado en el punto anterior, el paciente fue valorado en julio de 2021 con estabilidad de la enfermedad residual y marcadores negativos y se indicó que se realizaría PET y marcadores en unos meses como parte de su seguimiento estándar según guías. El paciente se deterioró en el periodo entre dichas pruebas. Por tanto, no es que no se realizaran, sino que aún no correspondía realizarlas estando el paciente estable.

• Respecto a la Resonancia Magnética realizada en mayo de 2021 que presentaba datos de progresión: El seguimiento de la enfermedad germinal que padecía el paciente se realizaba por PET, siendo ésta la prueba que se mostró más sensible frente a la RM en el momento de detectar la recaída de su enfermedad, y en los casos de dudas o confusión con secuelas residuales a las cirugías como la que se practicó en el paciente. Ante las dudas suscitadas por la RMN, ausencia de nuevos síntomas y negatividad de marcadores tumorales

prevalecieronlos resultados del PET. Dada la complejidad del caso, en todo momento además se contó con la opinión experta del Médico Nuclear que realizó los PET.

• Respecto a la no administración de tratamiento radioterápico: En el caso de D.ª R. la radioterapia no estuvo indicada en ningún punto de su evolución y, por tanto, no aplicarla no cambió su pronóstico. El único motivo podría haber sido el de Radioterapia paliativa con intención antiálgica (control del dolor), pero nunca con intención de tratamiento de la enfermedad en sí.

• Respecto a que el tratamiento último prescrito tuvo alta toxicidad y nula eficacia: los tratamientos oncológicos conllevan el riesgo de efectos secundarios que se le explican al paciente. Además, ningún tratamiento oncológico tiene una eficacia del 100% y la posibilidad de respuesta se reduce con líneas sucesivas de tratamiento dado que la enfermedad está más avanzada y secundariamente el paciente está en condiciones más comprometidas. A este respecto, añadir que el paciente firmó el Consentimiento Informado oficial para tratamientos quimioterápicos el 3 de julio de 2019, comprendiendo los riesgos/beneficios esperables de los mismos.

• Además, añadir que, dada la complejidad del caso, fue consultado al Grupo de Tumores Germinales en enero de 2022 para conocer la opinión de expertos nacionales».

4. En el informe de la Unidad de Raquis se señala que *«Al paciente (…), se le realizó seguimiento en la consulta externa de la Unidad de Raquis, después de la intervención realizada y para control evolutivo de las lesiones vertebrales. El seguimiento fundamental de su enfermedad, al tratarse de un paciente oncológico (cáncer activo con progresión), lo realizan los servicios de Oncología Médica y la Unidad de Cuidados Paliativos.*

En la reclamación se hace referencia a que el Dr. (…) le remitiría al Servicio de Oncología a la vista de los hallazgos de la RMN lumbar, en concreto un aumento de 6 mm en la masa retroperitoneal y que no les facilitó información sobre la presencia de lesión de aspecto metastásico de 1,3 cm en el soma de S3 no visible en 2019, ni tampoco le entregó las imágenes de la RMN LUMBAR.

En cuanto a estas consideraciones, es importante recalcar lo siguiente:

-Tanto a los pacientes como a sus familiares se le explican todos los hallazgos de los estudios realizados.

-Se hace más hincapié en los hallazgos, que consideramos clínicamente más relevantes.

-En caso de que no se le indicará el hallazgo del sacro, está en relación con lo siguiente: El paciente había presentado previamente lesiones en el sacro.

Se consideró más importante la lesión retroperitoneal en cuanto a la potencial gravedad de la misma, como se demostró en la evolución posterior del paciente.

-En dicha consulta (22/06/2021), el paciente refería encontrarse subjetivamente mejor.

-El paciente tenía cita próxima con Oncología e incluso existe en el Hospital de Día donde puede acudir sin cita previa ante cualquier eventualidad.

-Nunca se entregan estudios de imagen en mano a los pacientes, salvo que sean realizados de manera privada».

5. Además de estos dos informes, a la hora de entrar en la cuestión de fondo, procede resaltar de lo manifestado por el SIP, ya reproducido anteriormente, lo siguiente:

«Se practica PET/TC de control el 17.03.21 que comparado con PET/TC de octubre de 2020 determina: Mejoría de captaciones óseas que sugiere lesiones esclerosas residuales y estables en D7, D10, D11, D12, L5, S3. Sin captaciones nuevas sospechosas.

Los equipos PET/TC proporcionan una combinación de la localización de focos hipermetabólicos de las imágenes PET y la información de alteraciones morfológicas de la imagen TC en una sola exploración. La información obtenida en los estudios PET/TC es de mayor exactitud en la evaluación de los pacientes oncológicos que las imágenes PET o TC por separado, aun cuando se interpreten de forma conjunta.

PET/TAC son dos pruebas en una, se realizan imágenes por el PET y por el TAC y después un ordenador las monta obteniendo imágenes en tres dimensiones, con el máximo detalle posible el área que queremos estudiar. Ambas pruebas de forma simultánea se complementan.

El control con PET/CT se utiliza en los casos de recidiva, recurrencia y post tratamiento de cáncer testicular siendo considerado el "gold standard" en la determinación de tejido tumoral, con sensibilidad de 82%, especificidad de 90%, y eficiencia de 88%. Muestra de existir áreas de actividad metabólica funcional anómala en grupos de células que sugieren afectación tumoral (PET) así como información anatómica (TC).

La PET/CT se utiliza para la estadificación, la reestadificación y el seguimiento del cáncer testicular. K. Bouchelouche, P.L. Choyke. PET/CT in renal, bladder and testicular cancer. PET Clin, 10 (2015), pp. 361-374 http:/dx.doi.org/10.1016/j.cpet.2015.03.002 Medline.

(...) Los marcadores tumorales séricos tienen un papel importante en el manejo de los pacientes con cáncer testicular, lo que contribuye al diagnóstico, estadio, evaluación del riesgo, evaluación de la respuesta a la terapia y detección temprana de la remisión. El incremento en las concentraciones de los marcadores es suficiente para iniciar el tratamiento. AFP, HCG, y LDH son marcadores en suero establecidos. La mayoría de los casos de tumores de células germinales no seminomatosas tienen niveles séricos elevados de uno o más de estos marcadores».

Además, se añade en el mismo acerca de la actuación del servicio de urgencias que «J.- En relación a la actuación en el Servicio de Urgencias se actuó de acuerdo con la propia naturaleza del servicio, descartando, tras la oportuna exploración, la existencia de una patología urgente que requiriese un ingreso hospitalario, y remitiéndole al control de la UCP, así como en tiempo de espera para realizar prueba diagnóstica TAC dorsolumbar solicitada por la Unidad de raquis. Ello, teniendo en cuenta que la finalidad de este Servicio debe ser, razonablemente, la de prestar asistencia urgente a aquellas dolencias que ponen en peligro la vida o salud de los pacientes, remitiendo las demás patologías que, aun siendo graves no sean de extrema gravedad, en este caso al control de la UCP y a la Unidad de Raquis para determinación del origen del dolor.

(...) N.- A modo de resumen: las lesiones observadas en las pruebas de imagen: TAC PET/TC, y Resonancia Magnética realizadas en diciembre de 2021, como masa retroperitoneal neoproliferativa de nueva aparición dependiente del músculo psoas ilíaco izquierdo así como las Adenopatías metastásicas de nueva aparición: supraclavicular izquierda, mediastínica retroesofágica, mesentérica y retroperitoneal retrocava son nuevas en comparación con las imágenes ofrecidas en todos los controles realizados PET/TC hasta julio de 2021 que informaban de situación de estabilidad y a las imágenes que ofrecía la Resonancia en ese mismo año.

O.-Desde que acude al Servicio de Urgencias el 12.11.21 por la aparición de sintomatología de cinco días de evolución de dolor de miembro inferior izquierdo, una vez se realizan TACS los días 3 y 9 de diciembre con la sospecha de recidiva tumoral transcurre menos de un mes. No resulta un tiempo excesivo.

Inicia tratamiento quimioterápico GEMOX desde el 23 de diciembre de 2021 hasta completar seis ciclos en mayo de 2022. Fue consultado con el Grupo de tumores Germinales que se dedica al estudio y tratamiento de los Tumores de Células Germinales mediante un Protocolo Asistencial común de estos tumores.

Los tumores no seminomatosos, como el que presentaba el paciente no se benefician de tratamiento radioterápico, siendo el Servicio de Oncología el responsable de dar las pautas de tratamiento en relación con el proceso oncológico.

Los cuidados de soporte y paliativos son facilitados por la UCP que indican el tratamiento farmacológico y no farmacológico del dolor y de otros síntomas que pudieran presentarse».

6. Estos informes permiten alcanzar las siguientes conclusiones:

6.1. En primer lugar, desde un primer momento se le efectuó al paciente el adecuado seguimiento diagnóstico, especialmente a través de la prueba denominada PET, que es la específicamente establecida para el tipo de patología sufrida por

dicho paciente (cáncer testicular), lo que se hizo de forma periódica y continua, sin olvidar, que los primeros problemas y dolores lumbares por los que acudió estaban relacionados con el grave accidente que sufrió en la zona lumbar en el año 2019.

Además, como se afirma en tales informes, entre prueba y prueba, se produjo en la fecha indicada en los mismos la aparición de la metástasis del cáncer que padecía.

Por tanto, los tratamientos médicos que se le dispensaban al paciente eran los que se correspondían a los síntomas que presentaba a lo largo del proceso médico y a los resultados de las pruebas que, con la periodicidad adecuada, se le fueron realizando.

Sobre el error de diagnóstico se ha manifestado por este Consejo Consultivo, por ejemplo en el Dictamen 59/2024, de 1 de febrero, que:

«6. En lo que se refiere al diagnóstico erróneo que alegan los interesados, primeramente, es necesario tener en cuenta que en este tipo de supuestos resulta ser de aplicación la doctrina de la «prohibición de regreso»; sobre ella se señala, por ejemplo, en el Dictamen de este Consejo Consultivo 137/2022, de 7 de abril, entre otros muchos, que:

«Este Consejo Consultivo, en asuntos similares, ha señalado, como se hace en los DDCC 374/2015 y 85/2016, entre otros, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en relación con la `prohibición de regreso´ a la hora de valorar un diagnóstico y una actuación médica inicial, que sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad, o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles (SSTS 15 de febrero y 18 de diciembre de 2006; 19 de octubre 2007); todo lo cual conduce a criterios de limitación de la imputabilidad objetiva para recordar que no puede cuestionarse esta toma de decisiones si el reproche se realiza exclusivamente fundándose en la evolución posterior y, por ende, infringiendo la prohibición de regreso que imponen los topoi (leyes) del razonamiento práctico (SSTS de 14 de febrero de 2006, 15 de febrero de 2006, y 7 de mayo de 2007)"», doctrina que también resulta ser plenamente aplicable.

6.2. Además, está acreditado en virtud de los informes reproducidos que las actuaciones médicas desarrolladas por los distintos Servicios, no solo en lo que respecta a la diagnosis de la patología sufrida por el afectado, sino a los tratamientos médicos dispensados para combatirla, que fueron las correctas y que se aplicaron con la inmediatez que los resultados de las pruebas periódicas permitieron, sin que los reclamantes aportaran prueba alguna que sustentara sus alegaciones, las cuales

carecen de toda base objetiva y cualificada médicamente, ni tampoco lograran desvirtuar lo afirmado en los mencionados informes.

Por tanto, la actuación médica ha sido conforme a *lex artis*.

6.3. Por último, todo lo anterior permite considerar que tampoco se ha producido pérdida de oportunidad desde el momento en que no concurren circunstancias que evidencien la probabilidad de que de haberse actuado de otra manera se hubiera evitado o disminuido el daño, esto es, que no se habría producido un resultado distinto al desgraciadamente acontecido, habida cuenta, igualmente, que la patología que sufría el interesado era de muy difícil curación *per se*, al menos en el estado actual de la Ciencia Médica, como ya se razonó.

En relación con la pérdida de oportunidad en el Dictamen 392/2023, de 5 de octubre, se afirma que:

«12. En lo que se refiere a la cuestión de la pérdida de oportunidad, cabe señalar lo Siguiente:

12.1. En primer lugar, se ha de tener en cuenta que este Consejo Consultivo ha señalado acerca de la misma, por ejemplo, en nuestro Dictamen 141/2022, de 8 de abril, que:

«En relación con la pérdida de oportunidad este Consejo Consultivo ha seguido, de forma reiterada, la doctrina plasmada, entre otros, en los Dictámenes 171/2016, 152/2017, 523/2018, 354/2019, 359/2019, 38/2020 y 396/2020, en los que se ha señalado:

" (...) Desde la Sentencia de 10 de octubre de 1998 el Tribunal Supremo ha iniciado una línea jurisprudencial hoy ya consolidada favorable a dar valor a la llamada `pérdida de oportunidad´ cuando, aunque no resultara patente la presencia del vínculo causal por dificultad en su prueba, concurrieran determinadas circunstancias que evidenciaran una alta probabilidad de que de haberse ofrecido las oportunidades perdidas se hubiera evitado o disminuido el daño.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo viene admitiendo la aplicación de esta doctrina como criterio de flexibilización de las exigencias para la admisión de la concurrencia del nexo causal especialmente en materia de responsabilidad sanitaria, y la han aplicado a la actuación del facultativo cuando no puede asegurarse que haya sido causante del daño reclamado o, al menos, la única causa, pero sí ha supuesto una pérdida de oportunidad de un diagnóstico o de un tratamiento más temprano.

La omisión de las pruebas y actuaciones tendentes a la determinación del diagnóstico en un momento anterior, ha privado al paciente de la oportunidad de anticipar un tratamiento que podía incidir favorablemente en la evolución del padecimiento, aun cuando no se evitara

el resultado final, privación que consecuentemente ha de ser indemnizada´ (STS, Sala III, Sección 6ª, de 23 de octubre de 2007, rec. casación n.º 6676/2003).

`En la pérdida de oportunidad hay una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que en cierto modo se asemeja a un daño moral, y que es el concepto indemnizable´ (STS, Sala III, Sección 4ª, de 27 de septiembre de 2011, rec. de casación n.º 6280/2009).

Pues bien, para esta consolidada jurisprudencia «la pérdida de oportunidad constituye un daño antijurídico puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias" (STS, Sala III, Sección 4ª, de 21 de diciembre de 2015, FJ 1º, rec. casación n.º 1247/2014) (...) ».

En el mismo sentido, el Dictamen 411/2016, en el que considerábamos:

" (...) No puede concluirse que la causa de la muerte del menor sea un incorrecto tratamiento y diagnóstico, como sostienen los reclamantes, pero sí puede concluirse que el no haberse puesto a su disposición todos los medios diagnósticos y terapéuticos indicados en el caso de una caída traumática de la bicicleta, por la que acudió hasta en tres ocasiones a distintos médicos, supuso una pérdida de oportunidades del menor para la evitación de su muerte, pues, de haberse realizado la exploración y consiguientes pruebas, se hubiera determinado la patología del bazo del menor, indicándose las medidas a tomar en evitación del fatal desenlace. Téngase en cuenta que el reposo total fue dispensado al menor en consulta de 9 de marzo de 2012, a pesar de que el Dr. (...), en su informe de 16 de agosto de 2012 (que más bien se configura como alegaciones en su defensa, en las que realiza afirmaciones subjetivas no probadas) culpabiliza al menor y a sus padres por incumplir la pauta del reposo indicada, cuando, no sólo no está constatado que la incumpliera con realización de actividades bruscas, sino que, en todo caso, en la consulta del día 9 se dice que solo ha de guardar reposo relativo. El día del fallecimiento sólo estaba sentado hablando con una amiga en una plaza, pero, probablemente, su patología, de haberse diagnosticado, debió obligarlo, previa indicación médica, a permanecer en reposo absoluto, sin perjuicio de otras medidas que debiera prescribir el facultativo responsable.

En ningún documento del expediente se constata el cumplimiento de los protocolos médicos ante politraumatismos, limitándose a señalar el informe del Dr. (...) que se cumplió el protocolo de rotura fibrilar, dado que fue lo único que se diagnosticó, precisamente por no cumplir los protocolos de politraumatismos.

(...)

Por tanto, no podemos sino concluir que, ante tales circunstancias, si se hubiera explorado completamente al menor, se hubieran observado los hematomas que tenía en el abdomen, lo que, según se aclara en las testificales, hubiera determinado la realización de pruebas de sangre y de imagen, lo que hubiera puesto de manifiesto la esplenomegalia del menor.

(...)

Una actuación conforme a la lex artis hubiera exigido el referido proceso asistencial, junto con la adopción de las medidas necesarias en aras a evitar la rotura del bazo, lográndose o no, pues se trata de cursos causales no verificables. Nunca sabremos si el edema pudo haberse reabsorbido y salvado su vida el menor, o, por el contrario, seguir creciendo y romperse el bazo, pero, desde luego, ante la ausencia de un completo examen y las consiguientes pruebas diagnósticas, en el caso que nos ocupa se privó al menor de la oportunidad de saberlo.

Por todo ello, entendemos que la indemnización solicitada por los reclamantes por los daños sufridos por la muerte del menor ha de estimarse parcialmente, pues el daño imputable a la Administración no es la muerte misma del menor, sino la privación de oportunidades, como consecuencia de la falta de puesta a disposición del menor de todos los medios diagnósticos y terapéuticos indicados ante sus traumatismos (...) ", siendo esta doctrina de plena aplicación al caso que nos ocupa.

8. Asimismo, acerca de la cuantificación de la indemnización en supuestos como éste se ha señalado, por ejemplo, en el Dictamen 317/2021, de este Consejo, de 10 de junio, que:

"En esta línea, este Consejo (v.g. Dictámenes 450/2017, 287/2017), en casos de valoración económica de daños provenientes de pérdida de oportunidad ha entendido, de acuerdo con dicha jurisprudencia, que si bien no puede alcanzar una cuantía indemnizatoria idéntica a la que resultaría de imputar en su totalidad al Servicio Canario de la Salud el daño, la Administración sanitaria debe ponderar el grado de participación de la pérdida de oportunidad en el resultado final de la actuación sanitaria prestada, que este Consejo ha estimado, según la naturaleza del caso, entre el 10 y el 60% de la cantidad que resultaría de aplicar el referido baremo por la totalidad de los daños"», lo que también es de aplicación a este caso.

7. Por todo lo anteriormente razonado, procede afirmar que no se ha demostrado la concurrencia entre el adecuado funcionamiento de los servicios sanitarios y el daño reclamado por las personas interesadas.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, que desestima la reclamación formulada, se considera conforme a Derecho, con base en los razonamientos expuestos en el Fundamento IV.